



Atribución-NoComercial-CompartirIgual 2.5 Colombia (CC BY-NC-SA 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial-CompartirIgual 2.5 Colombia (CC BY-NC-SA 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Compartir bajo la Misma Licencia — Si altera o transforma esta obra, o genera una obra derivada, sólo puede distribuir la obra generada bajo una licencia idéntica a ésta.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN LAS DECISIONES JUDICIALES COLOMBIANAS.

Sergio Iván Valero González

Universidad Católica de Colombia.

Resumen.

El presente artículo tiene como propósito resolver el problema jurídico que se describe de la siguiente manera *¿cuál es el alcance de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente para las decisiones judiciales en el caso colombiano?* Para resolver dicha pregunta se plantearán 4 ejes temáticos, Primero se abordará el concepto genérico de Derecho Internacional Humanitario, su recepción y antecedentes en Colombia, seguido, se hará énfasis de manera precisa en el concepto de control de convencionalidad, su interpretación de manera concentrada y difusa, como se materializa, como se presenta esta herramienta y su definición en el estado colombiano, así mismo se realizará un breve estudio de las primeras sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde se utilizó la definición propiamente dicha de control de convencionalidad y otros de sus antecedentes, más adelante se desarrollará el precedente de interpretación hermenéutica que se debe utilizar en los tribunales para el uso del control de convencionalidad. Como conclusión de la presente investigación se tiene como resultado de la exposición que frente al problema jurídico formulado se tiene que las decisiones judiciales de la Corte interamericana de Derechos Humanos tienen plena fuerza vinculante como fuente dentro de las diferentes decisiones en la jurisdicción colombiana.

Palabras clave.

Control de Convencionalidad, Precedente judicial, Corte Interamericana, Derechos Humanos, hermenéutica.

Abstract.

The present article has as intention solve the juridical problem that is described of the following way which is the scope of the decisions of the Inter-American Court of Human rights as source for the judicial decisions in the Colombian case?. To solve the above mentioned question 4 thematic axes were appearing, First there was approached the generic concept of Humanitarian International Law, his receipt and precedents in Colombia, followed, there will be done emphasis of a precise way in the concept of control of convencionalidad, his interpretation of a concentrated and diffuse way, since it materializes, since one presents this tool and his definition in the Colombian condition, likewise there will be realized a brief study of the first judgments dropped by the Inter-American Court of Human rights where the definition in strict sense of control was in use of convencionalidad and others of his precedents, hereinafter there was developing the precedent of hermeneutic interpretation who must be in use in the courts for the use of the control of convencionalidad. Conclusion of the present investigation is had as result of the exhibition that opposite to the juridical formulated problem has that the judicial decisions of the inter-American Court of Human rights take full binding force as a source inside the different decisions in the Colombian jurisdiction

Keywords

Conventional Control, Judicial Precedent, Inter-American Court, Human Rights, Hermeneutics.

Tabla de contenido

| | |
|---|----|
| Introducción | 4 |
| 1. DIH y su recepción en el derecho nacional. | 6 |
| 2. Control de Convencionalidad, concepto, clasificación, sus formas, cómo lo hacen, quienes intervienen y cómo se materializa | 12 |
| 2.1. Control de Convencionalidad de carácter difuso | 17 |
| 2.2. Co | 21 |
| ntrol de Convencionalidad de carácter concentrado | 21 |
| 2.3. Formas e intervinientes en el Control de Convencionalidad..... | 24 |
| 3. Bloque de constitucionalidad y control convencional..... | 26 |
| 4. Cómo se materializa el control de convencionalidad | 28 |
| 5. El precedente de la CIDH como elemento hermenéutico para el control de convencionalidad..... | 31 |
| Conclusión..... | 38 |

Introducción.

El presente artículo está dividido en tres grandes apartados, los cuales tiene como propósito resolver el problema jurídico que se formula de la siguiente manera *¿cuál es el alcance de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente para las decisiones judiciales en el caso colombiano?*

Para dicho fin, se determinará en primer lugar un concepto genérico de lo que se entiende por Derecho Internacional Humanitario y su recepción en el derecho colombiano, en este punto sostendré como el Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH) es una fuente internacional consagrada de manera supranacional y que ha sido nacionalizada a través de las distintas leyes nacionales y que se constituyen en genuinas fuentes para las decisiones judiciales.

En el segundo lugar se abordará el concepto del Control de Convencionalidad a partir de diferentes providencias partiendo de la premisa que dicha herramienta es un concepto de creación meramente jurisprudencial y teniendo claro esto, poder determinar sus antecedentes, los diferentes fallos que concertaron una definición desde el punto de vista del derecho internacional Humanitario, así mismo su clasificación de acuerdo a los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) definida claramente como *“un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano.”* OEA (2017), Su implementación en la jurisdicción colombiana, sus formas, quienes intervienen en el desarrollo de este instrumento y cómo se materializa teniendo en cuenta los diferentes fallos de la corte Interamericana de Derechos Humanos.

Respecto a la creación del control de convencionalidad del cual se hará el respectivo desarrollo posteriormente, Cubides et al., (2015) aseveran que:

El Control de Convencionalidad, por ser una figura de naturaleza netamente jurisprudencial originada en el seno de la Corte Interamericana, trae grandes retos por superar, dentro de los cuales encontramos la razón de ser de su existencia. Pues, al resolver y contemplar la finalidad u objetivo supremo de este mecanismo, comprendemos que el espíritu con el que se manifiesta es la protección de los derechos humanos de cada uno de los habitantes de las Américas, y de esta forma su existencia queda plenamente validada. (Cubides et al., 2015, p. 32).

A partir de lo anteriormente citado, y teniendo en cuenta su naturaleza se fijara el precedente de la CIDH como elemento hermenéutico para el control de convencionalidad, Es en esta búsqueda que se definirá si el juez puede encontrar varios criterios de interpretación respecto al efectivo uso y valoración del control de convencionalidad; Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, deberá corresponder a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad.

Finalmente, de la presente investigación se pretende determinar como resultado de la exposición, que frente al problema jurídico formulado se deben tener las decisiones judiciales de la Corte interamericana de Derechos Humanos como plena fuerza vinculante y fuente dentro de las diferentes decisiones en la jurisdicción colombiana.

La metodología utilizada responde a criterios descriptivos de la forma en que se implementa el Sistema Interamericano en las decisiones judiciales nacionales. Así, desde el análisis de los conceptos que giran en torno a los derechos humanos, el mencionado sistema y la práctica nacional, puede decirse que este proyecto tiene como mejor candidato al conocido análisis *lege data*. Enese

sentido se trata de revisar mediante la observación y descripción las diversas fuentes que dan cuenta de los elementos necesarios para responder el problema antes anotado.

1. DIH y su recepción en el derecho nacional.

El DIH podría resumirse de acuerdo al Comité internacional de la Cruz Roja (CICR) como el conjunto de normas internacionales, convencionales o consuetudinarias, que tienen como objeto establecer y definir los mecanismos para la protección de los derechos humanos que puedan ser comprometidos en los conflictos armados internacionales o nacionales.

El DIH está formada por los Convenios de Ginebra. El primero fue suscrito por 16 países en 1864. En los siglos anteriores, se habían aplicado normas a la conducción de la guerra, pero esas normas estaban basadas en las costumbres y tradiciones, y eran locales o meramente transitorias. En el año 1864, ese estado de cosas cambió y se puso en marcha el proceso de construcción de un cuerpo jurídico que no ha dejado de evolucionar hasta el día de hoy.

De su creación el DIH ha buscado la protección de las personas o bienes que pueden ser vulnerados como consecuencia de un conflicto armado, ya que limita las maneras y métodos la guerra, de acuerdo a esto, en su carácter de ley, el DIH impone obligaciones a las partes en los conflictos armados. No sólo deben respetar esta ley, sino que tienen la obligación de hacer que se respete. No hay lugar a dudas o cuestionamientos respecto a su obligatorio cumplimiento.

Lo anterior obedece al hecho que en el caso de Colombia el desconocimiento u omisión del DIH es una característica plena del conflicto armado y esto se puede citar por medio de lo descrito por Vivas et al., (2016). Que analizan la situación al describir:

En el conflicto armado colombiano, hechos como la violación y la esclavitud sexual, coacción a la prostitución, embarazo, aborto y esterilización forzados siguen siendo modalidades graves de violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario (DIH) contra las mujeres que permanecen invisibles (Vivas et al., p. 61).

Por otro lado, el preámbulo del Pacto de San José en su segundo párrafo señala:

“Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;”.

A través del el Pacto de San José de Costa Rica celebrado en noviembre de 1969, los estados parte redactaron la Convención Americana de Derechos Humanos. Con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del hombre en el continente americano. La Convención instrumentó dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la CIDH.

El Pacto de San José a través de la Convención Americana de Derechos Humanos, tiene que ser interpretado a la luz del DIH por medio del cual se definen los hechos que generan la responsabilidad por parte del estado, todo esto a través de un proceso que busca que se realice una labor interpretativa y el alcance y armonía de las normas de derecho interno y de la CADH, para finalmente decidir si un Estado parte en el Pacto de San José es responsable o no de violar aquellas normas, y dado el caso, lo condena a reparar a las víctimas. Esto de acuerdo a lo desarrollado en el contenido del Pacto de San José de Costa Rica.

El DIH en Colombia posee un valor propio de un país donde el posconflicto es un concepto que se debe incluir en todas las esferas de la sociedad, y es por esto que al momento de intentar reconocer un conflicto armado y posteriormente y proceso de paz se están dejando en el camino cantidades alarmantes de casos donde el DIH simplemente es omitido para un fin común ya mencionado el fin del conflicto y es precisamente en este punto donde a través de herramientas tales como el control de convencionalidad y por medio de autoridades como la CIDH, se debe interpelar y si es el caso acudir a esta instancia con el fin de dar el valor que no se le ha otorgado al DIH en el llamado posconflicto.

Lo anterior se menciona teniendo en cuenta las cifras que no se deben dejar pasar por alto basado en un estudio realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (2017). Que menciona:

A lo largo de 2015, en las 22 zonas del país donde el CICR concentra su acción humanitaria, nuestros colaboradores documentaron 812 posibles infracciones al derecho internacional humanitario (DIH) y otras normas humanitarias, tanto de las partes en conflicto como de otro tipo de actores armados. Estos hechos dejaron, en total, unas 19.000 víctimas.

Esto se debe mencionar dado que tanto para el posconflicto como en futuros procesos de paz con otros grupos al margen de la ley no puede ser simplemente dejado de lado al momento de una negociación con los diferentes grupos armados; sin alguna inclinación política el DIH tiene que ser plenamente reconocido en Colombia sin importar la etapa histórica o

Lo más preocupante de lo anteriormente descrito, es que alrededor de seis décadas que lleva este conflicto se puede señalar la evidente responsabilidad por parte del Estado Colombiano en el desconocimiento de los derechos humanos. En efecto, El DIH supone la civilización del conflicto

mediante la distinción entre combatientes y no combatientes y sobre todo protegiendo y asistiendo a las víctimas y a la población civil afectada.

De los actores en conflicto, los abanderados de tal legalidad son los alzados en armas ya que han manifestado el deseo de acogerse al proceso de paz, sin embargo lo anterior es una mera expresión retórica puesto que la guerrilla no observa las normas humanitarias. La voladura de oleoductos y la toma de rehenes; específicamente puede mencionarse el atentado ocurrido el 26 de septiembre del presente año donde la guerrilla del ELN atentó contra Ecopetrol al dinamitar de manera simultánea el oleoducto Caño Limón Coveñas, en Norte de Santander y Arauca. Otro ejemplo de años atrás, es quizá la más famosa toma de rehenes que se ha visto en Colombia donde el entonces grupo armado M – 19 el 6 de noviembre de 1985 tomaron el palacio de Justicia reteniendo de manera violenta a todos los que se encontraban en el recinto y cuyas consecuencias son bien sabidas por la sociedad colombiana.

Los anteriores ejemplos son prácticas condenadas por los Convenios de Ginebra y por el Protocolo II Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

Según se puede advertir de la crudeza del conflicto armado en Colombia, puede señalarse que el DIH es un protocolo de orden diplomático que durante años no ha encontrado la manera de tener fuerza imperativa en la conciencia de los actores de los diferentes conflictos armados dentro del país.

El DIH, tiene como principal ámbito de aplicación material: los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y los conflictos armados no internacionales (Protocolo II, Artículo 3º Común) partes del convenio. Hoy en día también a través de instituciones como la cancillería por medio de la

Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, el DIH se encuentra regulado e incorporado en el Derecho Nacional. Como se puede ver medios e instituciones por los cuales no se puede desconocer el DIH existen; no obstante, la poca o nula utilización de las herramientas que funcionan para salvaguardar dicho concepto han generado una masiva y reiterada omisión de los derechos consagrados en el DIH y es por esto que surge de la jurisprudencia internacional el llamado Control de Convencionalidad como alternativa más que eficiente para regular dicha situación en Colombia.

Resulta pertinente precisar que la administración de justicia en Colombia tiene entre sus funciones la de garantizar cada uno de los derechos que han sido creados y, o desarrollados siendo la tutela la máxima garante de estos, definida en la Constitución Política de Colombia en su artículo 86 y desarrollada en el Decreto 2591 de 1991 y así mismo por medio de los diferentes convenios y protocolos a través de los años mediante diferentes medios o maneras.

En desarrollo de lo anterior, la Corte Constitucional sentencia C – 156 (1999). fijó criterios claros acerca la obligatoria incorporación del DIH:

El Derecho Internacional Humanitario fue concebido como mecanismo de protección de la persona humana en los casos de conflictos armados, bien como sujeto activo o pasivo de los mismos. En desarrollo de ese objetivo, se crearon los Convenios de Ginebra de 1949, así como sus protocolos adicionales I y II de 1977, relativos al trato que deben recibir los heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y las personas civiles en un conflicto bélico la finalidad plena del Derecho Internacional Humanitario en Colombia. (Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C – 156, 1999).

Así mismo en dicha providencia la Corte Constitucional por medio de sentencia C – 156 (1999). fijó criterios claros acerca la obligatoria incorporación del DIH al resaltar:

El Derecho Internacional Humanitario contiene normas que limitan el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los medios y métodos utilizados en combate, lo cual ya se ha mencionado reiteradamente en esta investigación, así como disposiciones encaminadas a proteger a las víctimas y a los bienes susceptibles de verse afectados por un conflicto armado, todo ello con la finalidad de garantizar la integridad de las personas que participan en el conflicto, así como las ajenas a éste. (Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C – 156, 1999).

No puede entonces de acuerdo a lo descrito por la Alta Corte, haber excusa, ni ante la comunidad internacional, ni ante el ordenamiento jurídico colombiano por la comisión de conductas que vulneran claramente la esencia de la humanidad, y es por esto que la sentencia anotada presenta un criterio claro acerca de la incorporación del Derecho Internacional Humanitario y determina su obligatoriedad y vinculación en el Derecho Nacional.

En efecto, existe una exigencia normativa de instrumentos que otorguen plenamente el ejercicio y reconocimiento de las normas contenidas en el DIH y pueda ser de acceso para cada ciudadano parte o no del conflicto. el mencionado control de convencionalidad; y al ser un asunto sensible y de exclusiva prioridad el reconocimiento o no de Derechos, debe ser tema a desarrollarse posteriormente toda vez que se está presentando dicha herramienta como mecanismo efectivo para el reconocimiento y protección de los derechos que han sido desconocidos tales como los que se han presentado a través de este primer capítulo y dicho control se presentara a continuación de manera detallada.

2. Control de Convencionalidad, concepto, clasificación, sus formas, cómo lo hacen, quienes intervienen y cómo se materializa.

Los doctriantes Cubides J, et al, (2016). lo definen como:

El CCV (Control de Convencionalidad) es un mecanismo de origen internacional que ha influido desde una dimensión externa supranacional en los ordenamientos jurídicos internos que hacen parte del SIDH, imponiendo nuevas obligaciones a los Estados parte para el cumplimiento efectivo de los derechos de las personas. Este mecanismo de genealogía internacional consiste en la confrontación normativa que se hace de la norma convencional con la norma interna, para establecer si la norma interna es adecuada frente a la norma convencional o si la norma interna cuenta con una mejor garantía que el estándar fijado en la convencional. (Cubides J, et al., 2016 p.18).

El control de convencionalidad es definido por Campos Medina, G. como:

consiste en el deber de los Estados específicamente de los jueces nacionales y otros órganos vinculados a la administración de justicia de realizar un control de las normas internas, contrastándolas con la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación realizada por la Corte Interamericana, reportando la norma inaplicable o inválida cuando sea contraria al derecho supranacional, y de esta forma asegurar el *effet utile* de la Convención. Durante este proceso de evolución no ha existido total claridad sobre el sentido y alcance de esta obligación internacional. Dudas, preguntas y críticas que en este artículo intentaremos superar. (Campos M, 2016, p.1).

A continuación, se realizará una breve síntesis de los hechos narrados dentro de la sentencia a continuación descrita con el fin de poner en contexto la importancia de dicha providencia dentro de la fijación de la definición propiamente dicha del Control de Convencionalidad.

El control de convencionalidad fue determinado en el caso procedente de la CIDH Sentencia Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006).

Sus antecedentes datan del año 1973 durante el régimen de salvador allende, el profesor de enseñanza básica Almoacid Arellano fue abordado y ametrallado el 16 de septiembre de 1973 por carabineros chilenos. Posteriormente y como consecuencia de estos hechos la esposa del señor Almoacid, la cual estaba en estado de embarazo, perdió su hijo. En octubre del mismo año se inicia investigación en contra de los funcionarios, no obstante, esta fue archivada un año después.

En el año 1996 son judicializados dos de los funcionarios parte de las fuerzas públicas por el homicidio del ciudadano Arellano. No obstante, en el año 1997 se eximio de toda responsabilidad a los presuntos homicidas y se dejó de lado el caso nuevamente. No obstante, en 1998 se inicia por parte de dos ciudadanos una denuncia ante la CIDH en perjuicio de los familiares del señor Almoacid Arellano. Finalmente, el 24 de septiembre de 2014 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dicta sentencia condenando al estado chileno por el homicidio del ciudadano Arellano.

La importancia del presente caso se fundamenta en el hecho de que la CIDH le dio alcance propiamente dicho a la definición de “ Control de Convencionalidad” y además se fijaron los contenidos de este recurso descritos por la Corte interamericana de Derechos humanos, no obstante, dicho tribunal se permitió el uso de dicha herramienta sin haberla definido previamente en la jurisprudencia del caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentencia dictada en noviembre de

2003, tres años antes la primera providencia dictada en pleno donde el concepto control de convencionalidad estaba establecido por la CIDH.

El doctrinante Sagúes, N. P. (2010) genera de manera coherente y acertada un acercamiento de la importancia del caso previamente atendido al decir:

El control de convencionalidad establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Almonacid Arellano” y completado por otros, especialmente “Trabajadores cesados del Congreso”, ordena a los jueces nacionales reputar inválidas a las normas internas (incluida la Constitución) opuestas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a la interpretación dada a ésta por la Corte Interamericana. Es un instrumento eficaz para construir un *ius commune* interamericano en materia de derechos personales y constitucionales. Su éxito dependerá del acierto de las sentencias de la Corte Interamericana, y de la voluntad de seguimiento de los tribunales nacionales (Sagúes, N, 2010, p.1).

En la sentencia de la CIDH Myrna Mack Chang vs. Guatemala del 25 de noviembre de 2003 se dictó con base al hecho de que el Estado dentro de su responsabilidad no puede ser juzgado de manera seccional, toda vez que este rinde cuentas de manera integral ante cualquier autoridad o particular, y es acá donde el juez determina que el uso del término “*control de convencionalidad*” tiene vigencia en mérito de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe funcionar como una especie de tribunal supranacional convencional, cuando el estado está bajo el imperio del derecho internacional, los Derechos Humanos, no obstante aclaro que son los jueces internos los que deben determinar el uso adecuado de dicha herramienta, para cada sentencia que corresponda.

La importancia del precedente de las anteriores sentencias se determinó debido a que la CIDH como órgano rector, era consciente que los jueces y tribunales internos estaban sujetos al imperio de la ley y por ende estaban obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Sin embargo la Corte reitero que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carezcan de efectos jurídicos. Y fue esta definición la que determino plenamente el control de Convencionalidad.

Así mismo dentro del mismo artículo anteriormente citado Cubides J, et al., (2016) se menciona en otras sentencias de relevancia bajo quien está la obligación de ejercer dicho control:

El criterio judicial convencional, sentado en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006), pone de presente que son los jueces nacionales de los Estados quienes deben realizar el CCVD; el criterio judicial orgánico, expuesto dentro del Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú (2006), pregonaba que los encargados de realizar el CCVD son los órganos del poder judicial o de la correspondiente rama judicial; para el criterio jurisdiccional convencional son todos los jueces y órganos vinculados o que colaboren con la administración de justicia en todos los niveles, en otras palabras, todos los que cuenten con funciones jurisdiccionales y se encuentren relacionados con la administración de justicia es el criterio sentado en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010). (Cubides J, et al., 2016, p.46).

Vale mencionar la siguiente referencia para el asunto en estudio y así mismo para definir el concepto de control de convencionalidad descrito por Olano. H.A. (2016) el cual consiste en:

Verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública (Olano H.A, 2016 p. 64).

Volviendo a la sentencia *Almoacid Arellano VS Chile*, esta menciona el hecho de que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Dicho esto, habiéndose fijado un concepto del Control de Convencionalidad y sus primeros antecedentes, en el próximo apartado se define la clasificación existente ya que debe hacerse una variación respecto a la definición y uso del control de convencionalidad, en primer lugar, se encuentra el Control de convencionalidad de carácter difuso y en segundo lugar el del carácter concentrado.

2.1. Control de Convencionalidad de carácter difuso.

Ferrer M.E. (2011). lo define como:

El examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus Protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que interpreta de manera "última" y "definitiva" el Pacto de San José. (Ferrer M.E, 2011).

La importancia del control difuso de convencionalidad lo describió el doctrinante Esquivel León L.D. (2016) al decir:

a partir del control difuso de convencionalidad que ha venido desarrollando paulatinamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, concluyéndose que este control dejará de ser subsidiario para convertirse en un control necesario y obligatorio para los operadores de justicia de los Estados que han ratificado la Convención. (Esquivel León L. 2016 p. 7).

Un acercamiento más exacto a la definición del control de convencionalidad de carácter difuso, corresponde a la obligación que tiene el juez interno o nacional de realizar un minucioso estudio y posterior juicio de valor y compatibilidad entre las leyes, decretos, actos administrativos que se dicten a nivel nacional y la Convención Americana de Derechos Humanos, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos.

En Colombia lo que se busca por encima de darle un uso exclusivo al control difuso de Convencionalidad, es otorgarle un valor de “*obligatoriedad*” para que las Cortes de manera oficiosa al momento de realizar un juicio de compatibilidad y constitucionalidad de las leyes o normas que se expidan deban hacer uso adicionalmente del mecanismo Convencional con el fin de que en cada

caso en concreto se haga una revisión por parte de la autoridad nacional correspondiente no solo de la constitucionalidad o compatibilidad de las normas sino también una revisión integral adicionando el control de Convencionalidad de manera oficiosa.

Así mismo no debe ser exclusivo de la Corte Constitucional el tratar de "armonizar" la norma nacional con la convencional; toda vez que realizar una "interpretación conforme" de la norma nacional con la CADH, sus protocolos y la jurisprudencial convencional para desechar aquellas "interpretaciones" contrarias o incompatibles al parámetro convencional o que no haga parte de la CADH, lo puede realizar cualquier juez dentro de sus competencias y de manera autónoma puede interpretar y determinar la "inaplicación" o "declaración de invalidez" de la norma convencional, exclusivamente a los jueces que dentro del sistema nacional tengan competencia para ello.

En efecto, aunque el máximo tribunal de lo constitucional tenga la tarea de proteger la unidad normativa no deja de ser cierto que su análisis se basa en un control abstracto sobre las disposiciones legales. Por el contrario, los jueces de las diversas jurisdicciones que se enfrentan a casos concretos de aplicación y de apreciación, tienen deberes relativos a la protección de los derechos humanos.

En ese sentido, los jueces que valoran aspectos propios de los casos particulares y concretos son los llamados a preservar los criterios de protección de los derechos humanos. Con ello, resulta importante considerar que existen ofensas a los mencionados derechos que pueden llegar a reivindicarse de apreciar la jurisprudencia de la CIDH; a lo que se quiere llegar es que al ser un hecho que el continente esta mediado por esta corte, existe un determinado valor que debería ser prioridad en el sentido amplio de la palabra para que la CIDH rija con todo criterio sin embargo Vivas B. T. (2012) erige una opinión valida del este hecho al decir:

Otro cambio radical que afecta la función de la Corte es la conformación geopolítica de la región, pues al contrario de Europa, el continente americano no se ha agrupado como una organización en concreto que se rija por algún tipo de principios plenamente determinados, sino que se conforma por múltiples Naciones direccionadas por la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, entre muchas otras, pero no hay uno que las determine a actuar como una comunidad unificada (Vivas B, 2012, p.129).

Con ello se quiere dejar anotado que, el deber de tutela se hace más efectivo cuando se logra la articulación de consideraciones de los pronunciamientos en los que puede haber antecedentes de violaciones al derecho humanitario por parte de los Estados parte, dicho de otra manera el estado como máximo garante de los Derechos fundamentales debe encontrar todos los mecanismos posibles y legítimamente constituidos con el fin de que estos Derechos sean protegidos y esta es, cuando se erige una obligación internacional que lleva a que el estado parte deba en toda situación utilizar el control de convencionalidad de carácter difuso por su naturaleza que se le otorgo de obligatoria y de oficio.

Aquí, lo que llama la atención es que se trata de contar con razones que consideren los pronunciamientos internacionales, según el caso lo amerite. Con ello, existe una apertura de los jueces nacionales en sus providencias que no se agotan en las fuentes domésticas del derecho, sino que buscan alcanzar un mayor grado comprensión de lo que podría ser un caso candidato para una eventual condena al Estado.

El control difuso de convencionalidad busca en si darle un poder superior al juez nacional, Cubides J, et al., (2015a.) lo explican de la siguiente manera:

La densidad del control judicial administrativo protege la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos, ya que se convierten en verdaderos jueces de convencionalidad (García Morelos, 2010, p. 22). El control difuso de convencionalidad es la pieza más importante del SIDH porque transforma a los jueces nacionales en jueces internacionales y permite ampliar la cobertura de protección a todos los rincones de los países que integran el SIDH (Cubides J, et al., 2015a, p.121).

Dado lo anterior debe interpretarse a los jueces nacionales como “*guardianes*” de la convencionalidad, ya que estos pueden aplicar para cada caso en concreto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por extensión de otras autoridades internacionales suscritas o adheridas por el Estado; Dicho esto, dicha definición y de acuerdo a lo anteriormente citado da a entender que el control difuso de convencionalidad le otorga características al juez tales como la internacionalización de sus decisiones, unificación de conceptos para los jueces que integran los estados partes de la CIDH y su característica de guardianes del control de convencionalidad.

Al estar suscrito el Estado al también llamado pacto de San José de Costa Rica, se obliga a no desconocer los derechos convencionales, ya que el pacto describe la obligatoriedad de adoptar medidas de derecho interno con el fin de avalar tales derechos convencionales, Dicho por el juez en el caso *Almoacid Arellano VS Chile* (2006):

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos (P.124).

2.2. Control de Convencionalidad de carácter concentrado.

Las razones por las cuales se está haciendo énfasis en los dos tipos de control de convencionalidad que existen, obedece al hecho que al buscar la plena protección de los Derechos consagrados en la CADH se tiene que hacer referencia paralelamente a toda decisión tomada por la CIDH referente al mecanismo convencional y su integral vinculación en nuestra jurisdicción. Se debe entonces acudir al mecanismo guardián que anteriormente se desarrolló respecto al control difuso de convencionalidad, no obstante, durante este acápite se desarrolla el control concentrado o interno de convencionalidad.

Cubides, J et al. (2016). define el control Concentrado de convencionalidad como:

El Control Concentrado o Control Interno de Convencionalidad se refiere, siguiendo a Sergio García, a: “la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales —o a todos los órganos jurisdiccionales, como infra veremos— para verificar la congruencia entre actos internos —así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: Constituciones, leyes, reglamentos, etcétera— con las disposiciones del derecho internacional. (Cubides, J et al. 2016, p.66).

Así mismo el texto de Cubides, J et al. (2016). menciona respecto a dicho control:

En definitiva, el Control Concentrado de Convencionalidad, siguiendo a (Ferrer, 2012, p. 8), es el que se refiere a las facultades que tiene en sí misma la Corte IDH para resolver los casos contenciosos sometidos a consideración, como ya se dijo, haciendo el papel de guardián e intérprete final de la CADH. (Cubides, J et al 2016, P. 67).

Se crea entonces un tribunal superior, encargado única y prioritariamente de la protección y reconocimiento de la convencionalidad de las leyes; desde otro punto de vista, dicho de otra forma,

si existen tribunales que se encargan de la constitucionalidad de las leyes, el control concentrado crea u otorga un poder a un tribunal con el fin de ejercer un control de la convencionalidad en cada caso en concreto, es decir que el poder ya no será ejercido por todos los jueces de manera oficiosa sino que se limitara tal poder a un tribunal convencional.

Con base en lo anteriormente mencionado cabe mencionar que es la Corte interamericana de Derechos Humanos la encargada de interpretar la convención siendo este el máximo órgano de interpretación y control de la convención.

Cuando la sentencia que dicta el órgano de control inválida o deroga la norma inconstitucional, se habla de control abstracto, que tiene efectos generales o erga omnes. Cuando la misma sentencia sólo deja sin aplicación el precepto legal en el caso de que se trate, se habla de control concreto de constitucionalidad, que tiene efecto particular o inter partes, quedando vigente la ley inaplicada.

Cubides, J et al. (2016) respecto a los efectos erga omnes de las sentencias dentro del control concentrado de convencionalidad describe:

Desde luego, el control interno de convencionalidad supone cierto margen nacional de apreciación, y esto sucede cuando el tribunal nacional despliega el control de convencionalidad en ausencia de definiciones supranacionales, entonces las decisiones de aquél no tienen alcance erga omnes, es decir que puede fijar criterios provisionales, interpartes, sujetos a control nacional inmediato, a través de un régimen de “cuestiones de convencionalidad”, puesto que, en buena medida, trabajarán a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

De modo que, el control de constitucionalidad es el que investiga la congruencia de las normas infraconstitucionales con la norma fundamental en su vertiente concentrada o difusa, la cual puede

ir desde su derogación erga omnes en el primer caso, hasta la inaplicación para el caso concreto. (Cubides, J et al. 2016, p.66-68).

El control concentrado o interno de convencionalidad supone la creación de un órgano que esté plenamente establecido como garante máximo de la convencionalidad de las leyes, no obstante vale decir que dentro de este mecanismo como anteriormente se mencionó, el control abstracto funciona cuando la sentencia que dicta el órgano de control inválida o deroga la norma inconstitucional, es decir este órgano deberá tener el poder de desconocer o pasar por encima de una ley en general si esta está en contra de la convencionalidad y por ende debería tener efectos generales o erga omnes. Y se habla de control concreto cuando la misma sentencia se encarga únicamente de dejar sin efectos un acápite o párrafo dentro de cada caso en particular.

No obstante, de acuerdo a lo anteriormente explicado queda claro que existen dos modalidades a la hora de ejercer el control de convencionalidad; el control difuso y el control concentrado o interno de convencionalidad, sin embargo, la manera en que se debe ejercer dicho mecanismo difiere de lo anterior y por ende debe ser desarrollado posteriormente dado que como todo procedimiento tiene un orden y una manera de ejercerse.

2.3. Formas e intervinientes en el Control de Convencionalidad.

Bajo su interpretación, Quinche M.F. (2014) relata:

El Tribunal debe analizar los hechos a la luz de las disposiciones aplicables y determinar si las personas que han solicitado la intervención de las instancias del Sistema Interamericano son víctimas de las violaciones alegadas y, en su caso, si el estado debe adoptar determinadas medidas de reparación. A eso se concreta la función jurisdiccional de la Corte (Quinche M, 2014, p.164).

Un ejemplo que varios doctrinantes han descrito es el ya mencionado Caso de la Corte IDH *Almoacid Arellano Vs Chile* del año 2006, donde dentro de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ordenó que el artículo 19 de su constitución política fuese modificado toda vez que estaba vulnerando abiertamente derechos fundamentales tales como la libertad y específicamente la libertad de expresión. No siendo el anterior el único caso dentro de las sentencias de la CIDH donde se han adoptado órdenes que obligan a modificar no solo partes de constitución política sino también de la misma legislación.

Así mismo el poder de las sentencias de la CIDH tiene también efectos dentro de las decisiones de los jueces internos, siendo el caso emblemático ocurrido en Guatemala donde se ordenó al Estado dejar sin efectos una decisión del juez donde sentenciaba a muerte a un ciudadano y opuesto a la decisión el juez interno, ordena dictar cualquier otra decisión ajena a la pena de muerte. Otro ejemplo ocurrido en Colombia donde la CIDH ordenó al Estado que se reabrieron los casos donde hubiera crímenes por paramilitarismo de por medio.

Los estados al suscribirse al pacto de San José perdieron parte de autonomía y soberanía sobre sus decisiones y así mismo se comienza a modificar el derecho local, ya que están en parte sometidos al imperio de la CIDH. Sin embargo, las decisiones que han adoptado los países dentro de las órdenes impartidas por la CIDH han tenido efectos positivos dentro de las providencias dictadas por este órgano. Casos como el de los “trabajadores cesados del congreso vs Perú” donde la Corte Interamericana dentro de su fallo determinó relevante la decisión donde el Estado violó, en perjuicio de las 257 víctimas denunciadas de la presente Sentencia, los consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la misma.

Como se puede apreciar en la decisión de la Corte para el caso “trabajadores cesados del congreso vs Perú”, el control de convencionalidad en este caso de carácter difuso se ejerce entre las normas del derecho interno y la Convención, toda vez que el control vincula al juez el cual es garante y debe de acuerdo a la naturaleza de obligatoriedad que se le otorga, de fallar teniendo en cuenta la plena protección de la convencionalidad de las normas de los países suscriptores de la Convención en la tarea de limitar el poder político que particularmente en Colombia tiene prioridad y defender los derechos humanos.

Es por lo anterior que los que intervienen en el proceso de interpretación y uso del control de convencionalidad no se limitan a los tribunales especializados o los jueces locales de manera oficiosa, sino también a funcionarios públicos, y particulares los cuales vean vulnerados sus derechos fundamentales limitando no solo el poder político como anteriormente se menciona sino también las decisiones que se alejen en todo contexto no solo a la constitución política de cada país sino a las normas del pacto de San José y sentencias de dicha corporación con alcance de la convención.

Finalmente se debe tener en cuenta que las formas en las que se ejerce el control de convencionalidad las determina el juez u órgano encargado de fallar respecto a la convencionalidad de las normas. Así mismo debe ser reiterativo el hecho que no solo el juez puede dado el caso, ejercer control de convencionalidad toda vez que toda autoridad o funcionario público que determine que se está desconociendo derechos propiamente dichos pueden ejercer control de convencionalidad de manera oficiosa o acudir ante la CIDH si es el caso.

No obstante, para continuar debe de manera muy corta realizarse una relación entre el bloque de Constitucionalidad y el Control de Convencionalidad ya que es necesario tener un paralelo entre dichos conceptos y así mismo otorgarle el valor que se debe al control de convencionalidad por

medio del cual las sentencias de la CIDH tendrán ese carácter de vinculante si es que se le otorga dicho poder, ante nuestra jurisdicción.

3. Bloque de constitucionalidad y control convencional.

Colombia a través de los años ha estado cobijada bajo infinidad de Constituciones, No obstante, son las últimas 2 constituciones políticas las que dieron origen al llamado bloque de constitucionalidad; estas fueron la constitución de 1886 en donde no existió como figura, pero en la constitución de 1991 fue donde se construyó dicho concepto y se fijaron normas y sentencias de la Corte Constitucional que constituían el fundamento del bloque de constitucional.

Desde el año 1999, el Bloque de constitucionalidad consolida sus componentes dogmáticos y se erige en una institución decisiva en el ejercicio del control constitucional, en los casos complejos que involucran el compromiso de los derechos humanos, Y es bajo esta figura que dentro de nuestra Constitución Política vigente se crean mecanismos bajo el bloque, con el fin de proteger específicamente derechos fundamentales acogidos y suscritos en diferentes tratados internacionales.

No obstante, al haber suscrito Colombia tratados con la CADH, determina necesario plantear la existencia de un principio cuyo fin único sea adoptar disposiciones legales entre las partes en un conflicto y con ella el deber de unificar la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus providencias los cuales se encuentran enmarcados en el contenido de la convención dentro de su articulado, específicamente el 2, que resalta el hecho de que los jueces están en la obligación de crear una armonía o concordancia entre su ordenamiento jurídico interno y con las normas establecidas en la Convención Americana.

Por lo anterior, se instituye el hecho que no solo la jurisprudencia y fallos de la corte interamericana obligan a los estados partes a armonizar sus decisiones con la interpretación de este tribunal, va más allá toda vez que la misma norma de la convención obliga a sí mismo a los estados a crear concordancia entre su jurisdicción y la convención.

Así mismo ha sido menester de este escrito dar por sentado la obligación *ex officio* de los jueces internos de guardar los Derechos Fundamentales y dentro de los cuales se encuentra el derecho internacional humanitario intrínseco en estos, toda vez que Colombia es un Estado donde a través de los años se han vulnerado o pormenorizado Derechos Fundamentales y así mismo son contadas las sentencias donde el mismo estado haga uso del control de convencionalidad para la efectiva protección de las víctimas en el conflicto armado que son la razón de la creación del DIH.

Vale decir que aunque las manifestaciones de la corte Interamericana no son absolutamente vinculantes dentro del ordenamiento jurídico de Colombia hasta que sean ratificadas por el estado, desde el mismo momento que se suscriba el Tratado con la CADH, a partir las sentencias acogidas a través de toda su jurisprudencia se debe aclarar que no solo debe ser obligación del estado parte la armonía entre sus normas y la convención sino también la concordancia con las interpretaciones de la Corte Interamericana.

En ese sentido, Quinche M.F. (2009), señala lo siguiente:

“(...) la actual de recepción de las sentencias de la Corte Interamericana, tiene como punto de partida la Sentencia C-228 de 2002, que es todo un hito en la jurisprudencia colombiana. Este período está caracterizado por el tratamiento integral y sistemático de tres temas provenientes del Sistema Interamericano: la proscripción de la impunidad estatal por las violaciones graves de los derechos humanos; el contenido y alcance de los derechos de las

víctimas a verdad, justicia y reparación en los procesos penales, disciplinarios y administrativos; y la integración del sistema interno con los estándares y reglas de protección y juzgamiento diseñados por el Sistema Interamericano, aplicables a los procesos ordinarios y a los juicios que se adelantan con ocasión de la negociación con los grupos paramilitares (Quinche M F, 2009, p.184).

De la misma manera las decisiones judiciales nacionales deben ser absolutamente claras fijando su posición respecto a la decisión tomada en cada caso en particular y así mismo, que dicho fallo sea concordante con las interpretaciones de la Corte Interamericana, toda vez que, el control de convencionalidad va de manera transversal a la decisión del juez interno y por ende tiene el poder de modificar o tomar una decisión respecto a el derecho fundamental vulnerado o desconocido, y dicha orden debe tener concordancia con el ordenamiento jurídico interno y no entrar en contradicciones o antinomias jurídicas.

Los Estados Partes están obligados a armonizar su ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la Convención Americana, lo cual debería abrir efectivamente la posibilidad de un control de convencionalidad, con miras a determinar si los Estados Partes han efectivamente cumplido o no la obligación general del artículo 2 de la Convención Americana, así como la del artículo 1.1, que establece la obligación a los Estados Partes, de respetar los derechos contenidos en la Convención.

Se debe abordar entonces la manera como se materializa el control de convencionalidad, habiendo dejado claro los aspectos generales de dicho control; su vinculación o su ejercicio debe ser desarrollado plenamente con el fin de cualquier error sea subsanado durante su uso y para esto se debe poner en contexto el modo efectivo de cómo se ha expuesto hasta ahora ante la CIDH.

4. Cómo se materializa el control de convencionalidad.

En Colombia el mecanismo para hacer uso del control de convencionalidad está bajo la responsabilidad Estatal; sólo puede ser exigido a nivel internacional, después de que en el Estado se haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado, es decir cuando el estado como garante de los derechos fundamentales falla en la obligación de proteger mis Derechos y de una u otra manera desconoce por medio de un fallo, acto, hecho, o simplemente una omisión, hay lugar a una violación y posterior reparación de un daño ocasionado al pormenorizar mis derechos, cuando la responsabilidad recae plenamente en el estado, es donde se puede acudir ante la institución encargada de hacer uso del control de convencionalidad.

De igual manera el caso debe haberse informado conjuntamente tanto a nivel internacional como local, es decir, de manera transversal, dicho de otra forma, debe el procedimiento llevarse a cabo tanto en la jurisdicción nacional como en la internacional al mismo tiempo.

De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de la persona, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene la obligación de resolver el caso y reparar a las víctimas y posteriormente responder ante las autoridades internacionales, siendo esta la CIDH, con el fin de brindar la total garantía de los derechos fundamentales de manera subsidiaria, es por esto que toda autoridad tiene la obligación de ejercer un control de convencionalidad para cada caso donde se estén desconociendo o vulnerado derechos fundamentales.

Para explicar de una manera más clara lo anteriormente mencionado, se entiende en la manera en que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de

los Estados, de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas de manera obligatoria y las instancias internacionales desde otro punto de una manera complementaria.

La CIDH ha sido reiterativa en el sentido que los criterios de decisión pueden y deben ser conformados y adecuados entre sí al momento de unificar conceptos entre el tribunal interno y la CIDH. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico.

De carácter paralelo y concordante se han encontrado casos donde los tribunales internos han reconocido las obligaciones internacionales y han adoptado medidas tales que rediman cada situación y resuelvan cada caso en cuestión de una manera tal que puedan ser resarcidas las víctimas y así mismo ejercen un correcto control de convencionalidad.

En Colombia existen avances respecto a la relación jurisprudencial entre las decisiones del Consejo de Estado y el Control de Convencionalidad al momento de reparar a las víctimas y Cubides Cárdenas, J, et al. (2016) lo describe así:

El Consejo de Estado Colombiano ha avanzado en su jurisprudencia, destacando que su labor, a propósito de las acciones de reparación directa de las víctimas de acciones del Estado, es el de lograr que los derechos de estas se vean garantizados plenamente por este tribunal de cierre para que no tengan que acudir a instancias internacionales; la aplicación de la doctrina del CCV tiene, por tanto, una función preventiva y garantista para todas las personas en Colombia. (Cubides Cárdenas, J, et al, 2016, p.39).

La Corte interamericana de Derechos Humanos describe en su Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad (2015) describe lo siguiente:

Si bien el Sistema tiene dos órganos “competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención, la Corte solo puede “conocer un caso” cuando se han “agotado los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50” de dicho instrumento, sea el procedimiento de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana, De tal modo, solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como correspondería primariamente hacerlo a cualquier Estado Parte en la Convención en ejercicio efectivo del control de convencionalidad” (Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad 2015, p.19).

El caso efectivamente puede llegar a la comisión, no obstante, este debe ser presentado y se debe exhibir su posición o su inclinación de manera concisa y sustentar el caso bajo los principios de buena fe y seguridad jurídica, en el sentido que la Corte tenga pleno conocimiento del caso y así la comisión determinará su posición respecto a la reparación de las víctimas y el procedimiento a seguir.

Por último es importante precisar que siendo el estado el garante de los derechos de las personas, tiene la responsabilidad de reparar a las víctimas si la CIDH lo determina así ya que es el estado el primer responsable de que sean omitidos los derechos y es por esto que la corte debe interpretar a la luz de la normatividad tanto interna como internacional los fallos a los que se deba llegar, y es por esto que se debe hacer énfasis en la interpretación y la manera en que los jueces u órganos determinados para el uso del control de convencionalidad deben fallar al ser un mecanismo que no está plenamente constituido en la jurisdicción colombiana; y es por esto que se debe acudir ante el

precedente interpretativo de la CIDH con el fin de determinar el correcto uso y posterior conclusión de cada caso en particular.

5. El precedente de la CIDH como elemento hermenéutico para el control de convencionalidad.

El concepto de control de convencionalidad como se habló previamente surge en el caso *Almoacid Arellano Vs Chile*, y se centra básicamente en el hecho de que las cortes y tribunales están sometidos al imperio de la ley local y/o al ordenamiento jurídico vigente en cada nación, sin embargo, cuando cada estado ratifica o suscribe un tratado con la CIDH, los jueces inmediatamente se encuentran sometidos a esta, y los transforma permanentemente en protectores de la convención y su normatividad y los obliga a velar para que los derechos descritos en dicho ordenamiento no sean desconocidos ni pormenorizados.

En primer lugar, el juez dentro de su criterio de interpelación en Colombia encuentra variaciones en el propósito de guardar la convención toda vez que en teoría el concepto básico es velar por la protección y que no sean mermada la normatividad de la convención y más precisamente que no se contradigan los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos por extensión y la normatividad interna en cada caso.

Es en esta búsqueda que el juez puede encontrar varios criterios de interpretación respecto al efectivo uso y valoración del control de convencionalidad. En esta oportunidad se presenta la interpretación en sentido abstracto y en sentido concreto de acuerdo al experto en teoría analítica del derecho Guastinni R. (2015), el cual propone:

La interpretación “en abstracto” consiste en atribuir significado a enunciados normativos completos. Mientras que la interpretación “en concreto” consiste en determinar el

significado de predicados en sentido lógico, es decir de términos que denotan clases. En un caso, se identifican las normas en vigor; en el otro, se identifican los casos concretos regidos por cada norma. Se podría decir: la interpretación “en abstracto” tiene carácter intencional; la interpretación “en concreto” tiene más bien carácter extensional (Guastinni R. 2015, p. 15).

Acudiendo una vez más ante las diferentes formas del Control de Convencionalidad cuando el juez realiza una interpretación en abstracto del caso lo que busca encontrar el sentido de la norma en su contenido, un ejemplo para tal caso puede ser el Artículo 12 De la Constitución Política de Colombia el cual describe “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.” como es bien sabido el estado colombiano ha encontrado la manera de desconocer tal derecho fundamental a través de los años usando la guerra que se lleva a cabo por décadas con los grupos al margen de la ley tales como el ELN y la hasta hace poco FARC EP, como excusa para encontrar vulnerado por completo dicho derecho. El juez en el criterio abstracto de interpretación debe hallar el sentido de la norma constitucional cuando esta se refiere a nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. El juez convendrá hacer énfasis en el hecho de que la Convención Americana de Derechos Humanos protege y vela por derechos fundamentales como los anteriores y puede si es el caso acudir a dicha instancia internacional buscando la protección de las personas ajenas al conflicto armado.

La interpretación en abstracto determina el sentido del texto en su contenido en otras palabras, el “parámetro” del Control de Convencionalidad de carácter general(que como mínimo comprende la CADH, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte IDH), puede ser válidamente ampliado en sede nacional cuando se otorgue mayor efectividad al derecho humano en cuestión.

La interpretación en concreto determina la extensión de la norma, en el mismo texto Guastini R. (2015) describe:

En cuanto a la interpretación en concreto, ésta resuelve problemas –de subsunción– del siguiente tipo: ¿la norma “¿Prohibido el ingreso de vehículos en el parque” (es un clásico ejemplo que siempre se encuentra en las discusiones sobre la interpretación) se aplica, o no, a un triciclo? ¿una norma constitucional concerniente a la “libertad de religión” se aplica, o no, a Scientology o a la así llamada filosofía New-age? Etcétera (Guastini R. 2015, p.14).

Lo anterior se puede explicar nuevamente tomado el ejemplo del artículo 12 de la Constitución política de Colombia “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.” En este sentido cuando la norma menciona la palabra “nadie” extiende el término a fuerzas armadas y a miembros de los grupos al margen de la ley, no solo se debe limitar a las personas ajenas al conflicto.

Las propias constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar su concepto, para que también formen parte del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales. Quiere decir que al ser necesario una interpretación por parte le ente juzgador acerca de un caso en concreto podrá y deberá acudir a los tratados suscritos por el estado con el fin de otorgar la protección debida de los derechos fundamentales que se desconozcan o mermen con el fin de dar una mayor efectividad a la resolución del caso.

Sin olvidar el hecho que en el procedimiento para el uso del control de convencionalidad debe haberse acudido primeramente a la jurisdicción interna o local y haber reparado a la víctima y transversalmente el estado en cabeza no solo de los jueces sino a criterio propio de todo funcionario

público poner en conocimiento del órgano internacional el caso en concreto con el fin de que este ente ordene modificar o agregar la decisión tomada previamente por el juez local, todo esto para determinar la protección efectiva del derecho fundamental vulnerado.

Por otro lado, dentro de la construcción de la interpretación del control de convencionalidad, y con el fin de dar claridad respecto a esta herramienta, no puede ser desconocido el hecho que al dejar en manos de un órgano internacional la decisión respecto a la protección de los derechos fundamentales se podría caer en la falta de seguridad jurídica del estado, no obstante dentro de la construcción hermenéutica, de la cual se puede hacer énfasis profundo en el texto de Atkinson, P y Hammersley, M. (1994) *Hermenéutica. Métodos de investigación*, se debe buscar la armonía entre las decisiones de los jueces internos y las de la Convención Americana de Derechos Humanos y esta se encuentra dentro de los valores de interpretación más utilizados en el derechos y es la búsqueda de la coherencia y la lógica del derecho.

Si lo que se indaga es la armonía de las decisiones de los órganos teniendo en cuenta que la norma superior es la que se suscribió en el pacto de San José de Costa Rica y en estos casos suele haber contradicciones lógicas o axiológicas entre las decisiones del órgano local y las de la Convención, no obstante con el fin de no crear o evitar antinomias jurídicas (contradicción de dos leyes, y esto se da cuando dos normas jurídicas imputan un mismo supuesto jurídico, logrando un mismo ámbito de aplicabilidad, y representando un problema de eficacia y de seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico de ese país) se escoge la alternativa que evite este conflicto.

Un juicio de interpretación valido para efecto de aclarar el papel del juez en la búsqueda de la protección de los Derechos Humanos es el mencionado por Guastinni R. (2015) nuevamente:

Se hace énfasis directo en la técnica normalmente empleada por los jueces constitucionales para resolver un conflicto entre principios constitucionales, es la que se suele llamar “ponderación”. La metáfora es bastante transparente: se trata de poner los dos principios en conflicto sobre los platos de una balanza y, por lo tanto, “pesarlos” para ver cuál “pesa” más, es decir, cuál tiene más valor en relación con el caso concreto. El resultado de la ponderación es un juicio de valor comparativo, que instituye precisamente una jerarquía axiológica. El principio con más valor será, en este caso concreto, aplicado, el con menor valor será dejado de lado (Guastinni R. 2015, p.35).

Partiendo de la premisa que todo órgano vinculado a la administración de justicia o así mismo al ordenamiento jurídico del estado, debe adoptar disposiciones de derecho interno favorables a la CADH concordante con lo definido como PACTA SUNT SERVANDA (que expresa que “toda convención debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo pactado” o en derecho internacional que es el que nos concierne, definido como “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”) extracto traído del convenio de Viena sobre los tratados internacionales, a no solo aceptar el control de convencionalidad de carácter difuso sino a hacerlo parte de las funciones del juez para cada caso de manera oficiosa cuando sea vulnerado un derecho fundamental.

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos internacionales, sino también la interpretación que de estos ha hecho la CIDH.

El juez ha construido a través de los años una decisión unificada para los casos en general y ese es la obligación que tiene el estado en su totalidad por la protección de los derechos fundamentales dentro de los tratados suscritos los cuales no deben ser mermados o desconocidos por normas contrarias a su fin último el cuales evidente a estas alturas y es la máxima en este texto, la obligación ex officio del juez no da lugar a analogías, todos los órganos partes del estado deben tener presente no solo la Convención Americana, también las herramientas de la CIDH y toda interpretación hecha por este órgano.

Debe existir armonía jurídica en los pronunciamientos del tribunal internacional y es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterativos en variedad de casos y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural el cual nació de acuerdo a la sentencia C - 200 de 2002 que describe al respecto:

La jurisprudencia ha puntualizado que la garantía del juez natural tiene una finalidad más sustancial que formal, habida consideración que lo que protege no es solamente el claro establecimiento de la jurisdicción encargada del juzgamiento previamente a la comisión del hecho punible, sino la seguridad de un juicio imparcial y con plenas garantías para el procesado. La Corte ha tenido oportunidad de hacer énfasis en que el respeto al debido proceso en este campo, concretado en el principio de juez natural, implica la garantía de que el juzgamiento de las conductas tipificadas como delitos será efectuado, independiente

de la persona o institución en concreto, por los funcionarios y órganos que integran la jurisdicción ordinaria. (2002).

De esta manera, encontrando la racionalidad subyacente en la que se organiza el control de convencionalidad, las decisiones adoptadas por la CIDH y los precedentes que estos definen para evitar la ocurrencia de casos por parte de los Estados nacionales resulta de carácter retórico, si se quiere, el deber los jueces nacionales de adoptar en sus decisiones los criterios definidos por la CIDH para la valoración y juzgamiento de casos en los que puede haber una transgresión a los Derechos Humanos.

6. A modo de conclusión.

Sobre todo lo expuesto varios aspectos vale la pena precisar: (i) Que las disposiciones normativas definidas en el sistema interamericano de derechos humanos encuentra plena vinculatoriedad en los Estados en la medida de que en virtud de su pacto existe el compromiso de que sean observadas por los operadores judiciales; (ii) Los pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrollan los conceptos dispuestos en las normas del mencionado sistema, dotando de contenido y sentido las disposiciones; (iii) Al tratarse de interpretaciones del órgano que define la responsabilidad de los Estados miembros en casos particulares, resultan un elemento valioso para la valoración de los casos nacionales por parte de los jueces domésticos, en tanto alinea la visión de protección de las personas con los criterios de la CIDH.

Con lo anterior, los precedentes tienden a realizar una ingeniería normativa en los términos de los profesores Alchourron y Bulgin (2009). En efecto, el rol de la solución de casos por medio del

esquema de soluciones análogas o extensibles contribuyen a una de las empresas más compleja del sistema normativo, alcanzar su plenitud y coherencia. (Alchourron y Bulygin, 2009, p.29).

Vale decir que lo que se buscaba durante el texto era poder fijar un precedente respecto el carácter vinculante de las sentencias de la CIDH no obstante para dicha tarea se debía realizar un recorrido por conceptos tan propios como el DIH Y el Control de Convencionalidad, toda vez que es este órgano internacional quien está encargado de velar por los derechos consagrados en la Convención.

La afirmación del profesor Nino (1991) en la que una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el poder judicial, se debe extender, también leerse en clave de los pronunciamientos de la CIDH, en cuanto, una norma que en su aplicación resulte violatoria del derecho internacional humanitario no puede ser aplicado para el caso por parte del poder judicial. (Nino, 1991, p.100).

Por otro lado, el hecho que los jueces en sus providencias al juzgar conductas que infrinjan las disposiciones del derecho internacional humanitario y particularmente, los precedentes, son una herramienta valiosa para evitar la contradicción normativa, uno de los aspectos fundamentales en un sistema normativo.

Así mismo Algo queda claro y es que Colombia puede acceder al mecanismo del control de convencionalidad toda vez que esta herramienta de acuerdo a lo estudiado es más garantista que el mismo control de constitucionalidad , sin embargo, el Control de Convencionalidad puede asumir formas diversas y, según la doctrina estudiada, la CIDH no ha precisado cómo debe desarrollarse específicamente, tomando en cuenta el reparto de competencias de cada país, la relativa libertad para desarrollar los mandatos convencionales y los modelos de control (concentrado, difuso, mixto, etc.).

De acuerdo a lo anterior, Colombia puede dentro del marco jurisprudencial que es por medio del cual se creó básicamente el Control de Convencionalidad, buscar el mecanismo más garantista específicamente hablando de Derechos fundamentales, pese a las anteriores dificultades planteadas.

Y es por lo anterior que se hizo estudio del control de convencionalidad con el fin de determinar una competencia, y de acuerdo a lo estudiado debería ser un control difuso de convencionalidad en primera instancia el más adecuado conforme a lo estudiado, no obstante el vincular sentencias de la CIDH como se dejó claro anteriormente debe ser posible en el marco de lo retorico si se desea, y es deber los jueces nacionales el adoptar en sus decisiones los criterios definidos por la CIDH para la valoración y juzgamiento de casos en los que puede haber una transgresión a los Derechos Humanos.

REFERENCIAS.

- Cubides, J, et al., (2015). Los desafíos en la materialización efectiva del Control de Convencionalidad (CCV): una experiencia comparada en Chile, Colombia y México. *Revista VIA IURIS*, (18), 27-46.
- Vivas et al., (2016). Derechos humanos, paz y posconflicto en Colombia, Colección Jus Público, ed. Universidad Católica de Colombia, (9), 61-62.
- Cubides J, et al., (2016). El Control de Convencionalidad (CCV): Fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ed. Universidad Católica de Colombia, (17), 18 – 19.
- Cubides J, et al., (2015a). Implicaciones del Control de Convencionalidad: cumplimiento de la Sentencia Radilla Pacheco versus México y el caso de la masacre de Santo Domingo versus Colombia. *Rev. Cient. Gen. José María Córdova* 13(15), 115-141
- Vivas B, T. (2012) “Minorías Étnicas en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana de derechos humanos”. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, [S.l.], v. 6, n. 1, 125-140.
- Alchourron, C. B. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Editorial Astrea. Quinta reimpresión. Buenos Aires. 2006
- Atkinson, P y Hammersley, M. (1994) *Hermenéutica. Métodos de investigación* recuperado de: <http://www.ceapedi.com.ar/otroslogos/Revistas/0003/09.%20De%20Guervos.pdf>
- Benavente, C. H. el Juez de Control como garante de la convencionalidad de las normas en el nuevo proceso penal mexicano. *Estudios constitucionales* [online]. 2012, vol.10, n.1, pp.145.
- Campos M. G. (2013). El control de convencionalidad en la jurisdicción chilena la superación de los problemas de su aplicación. *Revista de Derechos Fundamentales*, ISSN-e 0719-1669, p. 55- 83.
- Comité Internacional de la Cruz Roja (2016), Colombia: los retos humanitarios de 2016, Colombia.: recuperado de <https://www.icrc.org/es/colombia-conflicto-armado-y-retos-humanitarios-de-2016>.
- Corte Constitucional de Colombia (10 de marzo de 1999) Sentencia C – 156 de 1999. M.P. Martha Victoria Sachica Mendez.
- Corte Constitucional de Colombia (19 de marzo de 2002) Sentencia C 200 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (30 de noviembre de 2007) Serie C No. 158.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015) Control de Convencionalidad Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7:
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010) Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. jurisprudencia.
- Esquivel L.D. (2016) El control difuso de convencionalidad y la tesis de la supremacía convencional, Derecho y cambio social, Perú. Año 13, N°. 44.
- Ferrer M. E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano. Estudios constitucionales, 9(2), 531-622. Recuperado en 16 de agosto de 2017, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071852002011000200014&lng=es&tlng=es.
- Guastini, R. (2015). Interpretación y construcción jurídica. Isonomía, (43), 11-48. Recuperado en 06 de noviembre de 2017, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182015000200002&lng=es&tlng=es.
- Olano H.A. (2016). Teoría del control de convencionalidad. Estudios constitucionales, 14(1), 61-94. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000100003>.
- Nino C.S. (1991). The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context. Yale Law Journal, p.100.
- OEA (2017) Comisión Interamericana de derechos Humanos. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>.
- Quinche Ramírez, M. F., (2014) El control de convencionalidad, Bogotá, Temis.
- Quinche Ramírez, M. F., (2009) El control de convencionalidad y el sistema colombiano - Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional P. 163 – 169.
- Sagúes, N. P. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Año 8, N°. 1, 2010. 117-136.
- Walter F.C., (2011) La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad - Anuario Iberoamericano de justicia Constitucional. p. 51 – 66.